



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LUDMILLA DE MELO SILVA

As prisões cautelares sob a ótica do garantismo penal

Brasília

2020

LUDMILLA DE MELO SILVA

As prisões cautelares sob a ótica do garantismo penal

Monografia apresentada a Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso
Filho

Brasília

2020

LUDMILLA DE MELO SILVA

As prisões cautelares sob a ótica do garantismo penal

Monografia apresentada a Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. José Carlos Veloso
Filho

Brasília, 2020

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus por mais essa etapa concluída, por ter me sustentado durante todo o curso de direito.

Agradeço aos meus pais, Raquel e Marinones, pelo incentivo aos estudos, por me proporcionarem uma base educacional, por acreditarem no meu potencial, por me orientar no caminho a ser seguido, particularmente por me proporcionar a possibilidade de prestar concurso para o TJDF, onde surgiu meu amor pelo Direito.

Agradeço à Eloise, meu amor, por duas monografias escritas tendo seu amor como suporte, por me levar ao Ceub mesmo quando poderia passar a manhã dormindo, por disponibilizar seus ouvidos quando eu precisava expor minhas indignações com o direito, por ser meu outro ponto de vista quando minhas reflexões estavam contaminadas por preconceitos, por me apresentar uma realidade de vida completamente diferente de quem nasce nesse quadrado, por acreditar e investir nos meus sonhos e principalmente por compartilhar sua vida comigo.

A equipe do CEJUSC-TAG pelo suporte e compreensão durante os períodos mais complexos da faculdade.

Agradeço o meu orientador Veloso, por ser um dos poucos professores que despertou em mim um amor pelo direito penal, por ensinar com tanta leveza e paixão, por suas pontuações sensatas e pertinentes, por sua dedicação ao ensino para vida e não apenas para passar num concurso.

RESUMO

Trata-se de uma análise das prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro segundo o modelo teórico do garantismo penal. Desta feita, é importante apresentar os seus conceitos, com base na legislação e na doutrina, discutindo suas particularidades e aplicações. A partir dessas definições, foi abordada a teoria desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli como base no seu livro “Direito e Razão”. Trata-se de uma obra que apresenta os principais aspectos desta teoria, principalmente por ressaltar que a pretensão punitiva do Estado deve ser limitada afim de proteger os direitos e liberdades constitucionais do indivíduo. A emprego dessa teoria, no presente trabalho, se justifica por apresentar um arcabouço teórico que fornecerá fundamento para desenvolver uma reflexão sobre a utilização das prisões cautelares pelo Estado brasileiro. Os quatro pontos principais para reflexão são: o impacto no sistema carcerário, o impacto na vida do acusado, o tempo de prisão e o tempo de duração processual. Foram escolhidos por demonstrarem o conflito com as garantias e direitos dos indivíduos.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Prisão em flagrante. Prisão temporária. Garantismo Penal.

SÚMARIO

1	Introdução.....	8
2	Medidas cautelares.....	11
2.1	Prisões cautelares	13
2.2	Prisão em flagrante.....	13
2.2.1	Conceito	13
2.2.2	Finalidade	14
2.2.3	Pressupostos	15
2.2.4	Modalidades	16
2.3	Prisão preventiva	18
2.3.1	Conceito	18
2.3.2	Finalidade	19
2.3.3	Pressupostos	20
2.4	Prisão temporária.....	22
2.4.1	Conceito	22
2.4.2	Finalidade	23
2.4.3	Pressupostos	23
3	Medidas Cautelares e o Garantismo Penal	26
4	Análise dos Pontos Conflitivos à luz do Garantismo Penal.....	34
4.1	Impacto no sistema carcerário	34
4.2	Impacto na vida do acusado	37
4.3	Tempo de prisão	40
4.4	Tempo duração processual.....	41
5	Conclusão.....	46
6	Referências.....	50

1 Introdução

O direito penal brasileiro não tem a previsão de um procedimento cautelar apartado, mas isso não quer dizer que não existam meios para garantir o exercício da jurisdição pelo Estado na esfera penal. Para isto, independente do momento processual, utilizam-se as prisões e medidas cautelares.

O trabalho tem por aporte teórico o garantismo penal detalhado na obra “Direito e Razão: teoria do garantismo penal” de Luigi Ferrajoli especificamente quanto às medidas cautelares e seus fundamentos para, assim, analisar a legislação e a doutrina brasileiras no que se refere ao presente tema.

No primeiro capítulo será elencado as possibilidades de prisões cautelares previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Não existe possibilidade de aplicar uma medida que não tenha previsão legal. O princípio da legalidade no direito penal caracterizado pela expressão em latim *nullum crimen, nulla poena sine lege*, nas palavras de Toledo (1994, p.21), nada mais é do que “a elaboração das normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei”.

Entretanto, Aury Lopes Junior(2017, p.15) aborda que “são feitas leis penais sem um estudo dos seus possíveis reflexos a curto, médio e longo prazos. Tampouco se faz um acompanhamento da implantação com a respectiva correção de rumos.” Não há uma evolução do direito penal para acompanhar a evolução da sociedade e criar mecanismos que atendam a expectativa da população e ao mesmo tempo permita que o acusado tenha seus direitos e garantias respeitados.

As diversas medidas cautelares representam hoje um impacto na população carcerária. Por isso se faz necessário apresentar os seus conceitos, aplicações e peculiaridades. Para Bitencourt (2017), a pena privativa de liberdade atingiu seu ápice na segunda metade do século XIX, causando assim um questionamento que a finalidade da prisão não era alcançada, pois em vez de recuperar o delituoso, estimulava a reincidência.

Conforme será abordado, as aplicações das medidas cautelares podem representar uma proteção da sociedade ou uma garantia do regular tramite processual, haja vista a própria previsão da lei, como podemos observar no art. 312, do Código de Processo Penal, que prevê a prisão preventiva para “garantia da ordem

pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Nesses casos, o juiz deverá sempre utilizar a melhor medida no caso concreto. Ele deverá escolher a melhor medida cautelar para atender determinada finalidade. A intenção do presente trabalho, é trazer essas prisões cautelares conforme a previsão legal e realizar uma discussão, com base na doutrina, das suas particularidades e aplicações.

Será analisado o poder punitivo do Estado através desses instrumentos que visam a garantir uma efetividade jurisdicional e se justificam por assegurar a finalidade do processo penal.

No segundo capítulo, o garantismo penal, a teoria desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli será apresentada tendo como base o seu livro “Direito e Razão”. Trata-se de uma obra que apresenta os principais aspectos desta teoria, principalmente por abordar que a pretensão punitiva do Estado deve ser limitada afim de proteger os direitos e liberdades constitucionais do indivíduo.

A teoria do italiano se amolda nas orientações constitucionais vigentes, uma vez que nossa Constituição traz princípios básicos do direito penal tal como o direito previsto no art. 5, inciso LIV que estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Alguns dos aspectos trazido nessa obra serão utilizados para embasar as questões trazidas no capítulo três deste trabalho. É importante ressaltar que a obra apresenta uma série de questionamentos sobre a legislação penal visando a analisar a validade da norma em confronto com a garantias fundamentais dos indivíduos.

A utilização dessa teoria, no presente trabalho, se justifica por apresentar um arcabouço teórico que fornecerá embasamento para desenvolver uma reflexão sobre a utilização das prisões cautelares para dar efetividade na função punitiva do Estado.

Ferrajoli aborda em seu livro questionamentos sobre a real necessidade de privar um indivíduo de sua liberdade, seja para evitar a sua fuga ou para evitar que provas do delito sejam destruídas. Alguns dos aspectos apresentados por ele são de suma importância para demonstrar que privação de liberdade pode não ser a medida mais razoável para garantir a ordem.

O debate permeia sobre aspectos individuais, tais, por exemplo, como o direito de um processo de investigação realizado dentro de um tempo razoável e a possibilidade do acusado ser capaz de produzir provas e se defender sem embaraço.

No quesito coletivo, o autor traz considerações sobre a efetividade das penas privativas de liberdade em detrimento do delito cometido e qual seria a real intenção em utilizar um instrumento como as prisões provisórias para garantir a eficácia do processo.

Por fim, no último capítulo, será abordado pontos de conflito entre a decretação das medidas cautelares e as garantias previstas na teoria garantista. Foram escolhidos quatro pontos principais: impacto no sistema carcerário, impacto na vida do acusado, tempo de prisão e tempo de duração processual.

Neste ponto, será apresentado autores que se vinculam a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli para embasar a análise das medidas cautelares no sistema penal brasileiro. Woltmann e Souto (2009) abordam que o sistema penitenciário está falido, que as instituições carcerárias são precárias e as condições subumanas na qual vivem os presos definitivos. E esta é mesma realidade daqueles que ainda não tiveram uma condenação definitiva, os alvos das medidas cautelares.

Por isso, a teoria do garantismo penal tem um papel importante para contrabalancear um desejo punitivo daqueles que tratam a mitigação de garantias fundamentais como algo necessário para atingir a segurança pública e a defesa social.

O trabalho não tem o intuito de encerrar o debate ou formular uma verdade sobre o tema, apenas apresentar considerações, as quais possuem o escopo de chamar atenção para a forma que as medidas cautelares impactam na sociedade e é um aspecto relevante no direito processual penal.

2 Medidas cautelares

O artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso LVII, prevê que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. (BRASIL, 1988) Desta forma, considerando o princípio da presunção da inocência, a pretensão punitiva do Estado está condicionada ao devido processo legal.

O artigo 283 do CPP estabelece que:

“ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.” (BRASIL, 1941)

Se faz necessário a utilização de instrumentos que garantam a efetiva prestação jurisdicional. Segundo Aury Lopes Júnior(2017, p. 24) “as medidas cautelares de natureza processual penal buscam garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de punir”. Cabe observar, que a preocupação aqui não é punir o indivíduo e sim resguardar o processo para que ele tenha a devida efetividade.

Lima (2019, p. 859) argumenta que a tutela jurisdicional cautelar é desempenhada por uma série de medidas previstas no Código de Processo Penal e na legislação especial. Desta forma, não há a possibilidade de extrapolar a previsão legal para aplicar uma medida cautelar. O objeto das medidas cautelares é a tutela do processo, ou seja, representa uma coerção do Estado para assegurar a finalidade do processo.

Para a aplicação das medidas cautelares devem-se observar a previsão legal e seus requisitos no caso concreto. Neste ponto, a teoria do garantismo mostra a sua influência, conforme Souza, Paródia, Boechat e Pereira (2016, p. 717) “o garantismo inicia-se através do princípio da legalidade”. Por não ser uma antecipação da pena, sua aplicação deve observar a existência de um delito, bem como indícios suficientes de autoria.

Lopes Júnior (2019, p. 583) faz uma diferenciação das medidas cautelares do processo cível e do processo penal:

não é a probabilidade de existência do direito de acusação alegado, mas sim de um fato aparentemente punível. Logo, o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma prisão cautelar é a existência do *fumus commissi delicti*, enquanto probabilidade da ocorrência de um delito (e não de um direito), ou, mais especificamente, na

sistemática do CPP, a prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.”

Esse aspecto é importante tendo em vista que a pretensão punitiva do Estado não está vinculada ao tempo da resposta jurisdicional ao crime cometido, mas sim a possibilitar que essa resposta não seja afetada pela conduta do imputado no decorrer do processo, como por exemplo a dilapidação do patrimônio, a alteração de provas ou até mesmo a fuga do imputado.

Diante desses aspectos, vale ressaltar que as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal eram restritas a prisão cautelar ou a liberdade provisória. Porém com a promulgação da Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, o rol de medidas cautelares foi ampliado (LOPES JÚNIOR, 2019, p. 585).

Assim, estão previstas nos artigos 319 e 320 do Código Processual Penal as medidas cautelares:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º (Revogado). (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 320. A proibição de ausentar-se do País será comunicada pelo juiz às autoridades encarregadas de fiscalizar as saídas do território nacional, intimando-se o indiciado ou acusado para entregar o passaporte, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941)

Essas medidas cautelares podem ser impostas independente da decretação da prisão cautelar. Elas são autônomas, sendo inclusive utilizadas em conjunto com a prisão. O juiz deverá utilizar um juízo de ponderação para, no caso concreto, estabelecer uma medida cautelar ou uma prisão cautelar. Não é razoável que ao final do processo o acusado seja condenado a uma pena restritiva de direitos e como decisão cautelar ele tenha sido privado da sua liberdade. (RANGEL, 2018, p. 1346/1347)

Embora representem uma evolução no direito processual brasileiro, as medidas cautelares não serão objeto de discussão. O foco do presente trabalho é as prisões que fazem parte do título IX do Código de Processo Penal juntamente com as medidas cautelares.

2.1 Prisões cautelares

2.2 Prisão em flagrante

2.2.1 Conceito

A prisão em flagrante é uma medida que visa proteger a sociedade, materializada na privação de liberdade do indivíduo sem a necessidade de autorização judicial. Sua previsão legal está no art. 302 do CPP, in verbis:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.(BRASIL, 1941)

Nas palavras de Renato Brasileiro Lima (2019, p. 953) “o flagrante seria uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo

cometida ou acabou de sê-lo”, portanto, trata-se de restrição da liberdade de natureza cautelar e caráter administrativo, considerando que não é determinada por juiz. Ressalta-se só é possível realizar uma prisão em flagrante se estiverem identificados indícios de autoria e materialidade.

A prisão em flagrante, conforme Pereira e Lemes (2018, p. 165), facilita o cumprimento do dever estatal, uma vez que evita que o crime tenha consequências subsequentes, bem como impede a fuga do acusado.

Portanto, a prisão em flagrante se dá quando o acusado é surpreendido no andamento da prática do delito. Para Aury Lopes Júnior (2019, p. 600) “essa certeza visual da prática do crime gera a obrigação para os órgãos públicos, e a faculdade para os particulares, de evitar a continuidade da ação delitiva, podendo, para tanto, deter o autor”.

Logo a prisão em flagrante não fica restrita a autoridade policial, já que o a própria previsão do art. 301, do CPP, fala em “qualquer do povo poderá” prender quem tiver nas situações previstas no art. 302, do CPP.

2.2.2 Finalidade

A prisão em flagrante tem como missão atrapalhar, adiar ou evitar o ato criminoso, resguardando toda a população e restaurando a ordem pública. Para Rangel (2018, p. 816) são fundamentos para a prisão em flagrante:

evitar a fuga do autor do fato; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, quer quanto à autoria.

Lembrando que a vida do criminoso é importante, logo, quando ele é preso, procura-se protegê-lo da reação popular pelo seu delito.

Aury Lopes Júnior (2019, p. 603) ressalta que a “restrição da liberdade a título de prisão em flagrante não pode superar as 24h (prazo máximo para que o auto de prisão em flagrante seja enviado para o juiz competente, nos termos do art. 306, § 1º, do CPP)”. Justamente por ser uma medida precária, de mera detenção, que não visa a garantir o resultado final do processo, pode ser realizado por um particular ou pela autoridade policial.

Conforme a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, a prisão em flagrante também tem como finalidade a prisão do investigado para possibilitar a captação de prova, procurando sempre demonstrar vantagens no tocante à apuração

dos fatos. Outro objetivo da prisão em flagrante é evitar que o delito de fato ocorra (quando for possível chegar durante a sua concretização), defendendo a vítima e evitar que o acusado possa evadir do local do crime. (MARCÃO, 2012, p. 57/58)

Nas palavras de Aury Lopes Júnior (2017, p. 52):

A prisão em flagrante é uma medida precautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particulares ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até 24 horas, nas quais cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

No tocante à natureza jurídica da prisão em flagrante, existe muita discussão, mas boa parte dos doutrinadores defende que se trata de uma prisão de medida cautelar. (SÁ e SOUZA FILHO, 2018, p. 6).

2.2.3 Pressupostos

A prisão em flagrante se dá quando alguns aspetos estão presentes. Para Aury Lopes Junior (2019, p. 605):

Exige-se a conjugação de 3 fatores: 1. perseguição (requisito de atividade); 2. logo após (requisito temporal); 3. situação que faça presumir a autoria (elemento circunstancial). O conceito de perseguição pode ser extraído do art. 290 do CPP, especialmente das alíneas “a” e “b” do parágrafo primeiro.

O artigo 303 do Código de Processo Penal estabelece a permanência no ato criminoso como aspecto importante para caracterizar o flagrante. Infração permanente é aquela cuja consumação se prorroga no tempo, como, por exemplo, a posse de drogas. (TOLEDO, 1994, p. 147)

Nos casos de crime permanente, o flagrante pode ser realizado a todo tempo e em qualquer ambiente, inclusive dentro da própria casa. Isto é, a autoridade policial pode entrar na casa alheia, mesmo à noite, sem mandado e sem aquiescência do morador. (MARCÃO, 2012, p. 88)

Cabe ressaltar que não é possível realizar prisão em flagrante nos crimes habituais, uma vez que a ação considerada isoladamente não constitui delito, pois apenas passar a existir quando acontece a reiteração. Portanto o flagrante apenas retrataria o fato isolado que, em regra, é considerado fato atípico. Embora essa posição não seja unânime na doutrina, pois existem aqueles que comprovando a reiteração da conduta agente seria cabível o flagrante. (LIMA, 2019, p. 966)

Outro pressuposto é o *periculum in mora*, característica comum das medidas cautelares. Nesta situação, conforme Nucci (2019, p. 784), ele é presumido quando referir-se de infração penal em pleno desenvolvimento, já que visa proteger a ordem pública e impedir a lei seja contrariada. Ficará a critério do juiz após a concretização do auto de prisão em flagrante, deliberar, efetivamente, se o *periculum* existe, consentindo, ou não, que o acusado permaneça em liberdade. Aury Lopes Junior (2019, p. 620) pontua:

mesmo que se tenha uma situação de perigo a ser cautelarmente tutelado, é imprescindível que o juiz o analise à luz dos princípios da necessidade, excepcionalidade e proporcionalidade, anteriormente explicados, se não existe medida cautelar diversa, que aplicada de forma isolada ou cumulativa, se revele adequada e suficiente para tutelar a situação de perigo.

Essa análise deve ser realizada pelo magistrado em 24 horas conforme previsão do art. 306, § 1º, do CPP.

2.2.4 Modalidades

Conforme estabelecido nos incisos I a IV do artigo 302, do CPP, podemos identificar as seguintes espécies: flagrante próprio, impróprio e presumido. Todavia, a doutrina e a jurisprudência também construíram algumas modalidades que merecem atenção. Neste tocante, falaremos acerca de flagrante: provocado ou preparado, compulsório ou obrigatório, facultativo, esperado, forjado e retardado.

O inciso I do art. 302, CPP, traz a hipótese denominada como flagrante próprio. Guilherme Nucci (2019, p. 787) define que o flagrante próprio ocorre quando o “agente está em pleno desenvolvimento dos atos executórios da infração penal”. E apenas pela intervenção de alguém, impede-se a continuidade da execução, transformando, muitas vezes, em tentativa.

Ainda é visto como flagrante próprio aquele previsto no inciso II do artigo 302, do CPP, o qual aduz que é considerado em flagrante delito aquele que acabou de realizá-lo. (RANGEL, 2018, p. 799)

O flagrante impróprio está previsto no inciso III, artigo 302, do CPP, que descreve ocorre quando o agente: “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. Aqui, o principal o debate está na caracterização do termo “logo após”, que determina o início da perseguição.

Para Renato Brasileiro Lima (2019, p. 959) define-se da seguinte forma: “por logo após compreende-se o lapso temporal que permeia entre o acionamento da autoridade policial, seu comparecimento ao local e colheita de elementos necessários para que dê início à perseguição do autor”. Para Aury Lopes Júnior (2017, p. 57) “logo após é um pequeno intervalo, um lapso exíguo entre a prática do crime e o início da perseguição”.

O dispositivo legal exige que a perseguição inicie logo após o fato, ainda que dure por muitas horas após o início da execução dos atos criminosos.

No flagrante presumido, previsto pelo inciso IV do artigo 302, CPP, o sujeito é achado, logo depois, com utensílios, armas, elementos ou papéis que façam pressupor ser ele o autor da infração. Diversamente do que acontece no impróprio, não existe perseguição, apenas o encontro desse sujeito. Guilherme Nucci (2019, p. 769) elucida:

É o que comumente ocorre nos crimes patrimoniais, quando a vítima comunica à polícia a ocorrência de um roubo e a viatura sai pelas ruas do bairro à procura do carro subtraído, por exemplo. Visualiza o autor do crime algumas horas depois, em poder do veículo, dando-lhe voz de prisão.

O flagrante preparado é um tipo construído pela doutrina e pela jurisprudência. Ele se forma na situação onde o indivíduo é induzido ou instigado a realizar o delito, e, nesta ocasião, acaba sendo preso em flagrante. (MARCÃO, 2012, p. 77) Nesse caso, se faz necessário se atentar para a Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal que estabelece que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

O exemplo mais empregado para elucidar essa espécie de flagrante é a utilizada por Reis e Gonçalves. Trata-se de uma situação em que policiais avisados da possibilidade de um sujeito ser assaltante de bancos, infiltra um agente para se aproximar o sujeito. Depois de algum tempo, o policial disfarçado conta ao sujeito que é assaltante e o propõe a praticar o delito. Assim se dirigem a uma agência bancária e anunciam o roubo. Contudo, já existem policiais à paisana no local que evitam a consumação do fato e realizam a prisão do sujeito. (REIS e GONÇALVES, 2019, p. 407)

O flagrante facultativo é o previsto no artigo 301 do Código de Processo Penal, o qual autoriza a qualquer cidadão prender quem esteja em flagrante delito. (RANGEL, 2018, p. 794) O dispositivo utiliza o termo “poderá” quando trata de prisão efetuada pelo cidadão, ou seja, permite que ele o faça em determinada situação. Porém,

quando se trata das autoridades policiais, o termo utilizado é “deverão”, sendo, portanto, uma obrigação, algo mandamental quando se trata de tais autoridades.

A modalidade de flagrante esperado não possui previsão expressa na legislação, e nas palavras de Aury Lopes Junior (2017, p. 64/65) “exige muito cuidado e tem sua legalidade ou ilegalidade aferida no caso concreto, pois, dependendo da situação, estaremos diante de um crime impossível”.

O flagrante esperado ocorre quando a polícia, seja através de atividade investigativa ou denúncia, acredita que um crime ocorrerá em determinado lugar e realiza a “campana”, mas sem interferir com qualquer agente provocador. No momento em que observa a prática do delito, o policial interfere e realiza a prisão em flagrante. (LIMA, 2019, p. 962)

O flagrante forjado, como se depreende do próprio nome e nas palavras de Pacelli (2019, p. 543) ocorre:

diante de suposta criminalidade habitual, quando os agentes policiais plantam, isto é, forjam, a prova de um crime atual para incriminar determinada pessoa. Evidentemente, a única consequência jurídica que se pode extrair de semelhante manobra é a punição de seus idealizadores e executores, por manifesta violação do direito.

Por fim, o flagrante retardado é, conforme definição dada por Guilherme Nucci (2019, p. 773), “a possibilidade que a polícia possui de retardar a realização da prisão em flagrante, para obter maiores dados e informações a respeito do funcionamento, dos componentes e da atuação de uma organização criminosa”. Assim, ele se dá em um momento mais conveniente para investigação.

2.3 Prisão preventiva

2.3.1 Conceito

A prisão preventiva é uma das modalidades de prisão provisória, não representa pena estabelecida em decisão condenatória transitada em julgado, motivada pela necessidade assecuratória da ordem pública, da regularidade e do resultado do processo penal e/ou da aplicação da lei penal. (LOPES JUNIOR, 2019, p. 631/632)

Segundo Mirabete (2019, p.681) a prisão preventiva é a “decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal, diante da existência dos pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança”.

Renato Brasileiro Lima (2019, p. 984) aponta os seguintes motivos para não confundir a prisão temporária com a prisão preventiva:

a) a prisão temporária só pode ser decretada durante a fase pré-processual (Lei nº 7.960/89, art. 1º, incisos I, II e III); a prisão preventiva pode ser decretada tanto durante a fase de investigação policial quanto durante o processo (CPP, art. 311); b) a prisão temporária não pode ser decretada de ofício (Lei nº 7.960/89, art. 2º); durante a instrução processual, é cabível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo magistrado (CPP, art. 311); c) a prisão temporária só é cabível em relação a um rol taxativo de delitos, listados no art. 1º, inciso III, da Lei nº 7.960/89, e no art. 2º, § 4º, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos e equiparados); não há um rol taxativo de delitos em relação aos quais seja cabível a decretação da prisão preventiva, bastando, para tanto, o preenchimento dos pressupostos constantes do art. 313 do CPP; d) a prisão temporária possui prazo pré-determinado: 5 (cinco) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (Lei nº 7.960/89, art. 2º); 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade, em se tratando de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo (Lei nº 8.072/90, art. 2º, § 4º), findo o qual o preso será colocado imediatamente em liberdade, independentemente da expedição de alvará de soltura pelo juiz, salvo se tiver sido decretada sua prisão preventiva. De seu turno, a prisão preventiva não tem prazo pré-determinado.

Pereira (2010, p. 23) conceitua abordando alguns aspectos importante da prisão preventiva:

Trata-se de uma medida coercitiva que afeta quase todos os direitos fundamentais da pessoa humana, atingindo a liberdade pessoal e a presunção de inocência, incidindo também na igualdade e no estigma que a passagem pela prisão significa para uma pessoa, transformando-a em desigual perante a sociedade.

Por inteligência do artigo 311, do CPP, cabe sua decretação em qualquer etapa da investigação policial ou do processo penal, sempre por autoridade judiciária competente, de ofício, se no curso da ação penal, do querelante ou do assistente, ou por solicitação do Ministério Público, ou por representação da autoridade policial.

Aury Lopes Junior (2017, p. 92) alega que o legislador brasileiro insiste em consentir com a prisão preventiva decretada de ofício, sem suficiente entendimento e assimilação das regras essenciais ao sistema acusatório constitucional e da própria garantia da imparcialidade do julgador. Seguindo a linha desse autor e da teoria do garantismo penal, o ativismo judicial que viola a imparcialidade e representa uma ofensa as garantias fundamentais do acusado. (FERRAJOLI, 2002, p. 506).

2.3.2 Finalidade

A prisão preventiva visa a retenção do indivíduo para que este não possa embarçar o andamento do processo e quando a sua prisão faz-se necessária para manter a ordem pública, ou seja, quando há ameaça da paz e tranquilidade do meio social, conforme previsto no artigo 312, do CPP.

Segundo Souza, Paródia, Boechat e Pereira (2016, p. 720/721):

a prisão preventiva decretada antes da sentença condenatória não deve ter o caráter educativo e sequer repressivo, sob pena de ofender a própria natureza jurídica da prisão preventiva, que é medida cautelar.

Com a criação das Leis nº 11.719/2008 e 12.403/2011, a prisão preventiva se tornou a única modalidade de prisão existente no ordenamento jurídico a se pode decretar no curso do processo. (RANGEL, 2018, p.823)

Assim, existe três possibilidade em que poderá ser imposta a prisão preventiva:

- a qualquer momento da fase de investigação ou do processo, de modo autônomo e independente (arts. 311, 312 e 313, CPP);
- como conversão da prisão em flagrante, quando insuficientes ou inadequadas outras medidas cautelares (art. 310, II, CPP); e
- em substituição à medida cautelar eventualmente descumprida (art. 282, § 4º, CPP). (PACELLI, 2019, p. 559)

Dessa forma, a prisão preventiva visa tutelar a fase de investigação e a fase processual. Conforme Nucci (2019, p. 790) a prisão preventiva “pode ser necessária para a tranquilidade social ou para a efetividade do processo-crime”.

2.3.3 Pressupostos

Os pressupostos ou requisitos da prisão preventiva são os elementos que autorizam a sua decretação. Nesse sentido, o artigo 312 do CPP prevê tais requisitos, descrevendo as condições necessárias para caracterizar a justa causa para a imposição da medida cautelar constritiva de liberdade (*fumus comissi delicti*) e os seus motivos ensejadores (*periculum libertatis*). (GONÇALVES, 2019, p. 428)

Nucci (2019, p. 793) alerta para utilização de critérios como o da razoabilidade e proporcionalidade para controlar a duração da prisão preventiva, utilizando critérios no caso concreto para evitar que a prisão preventiva seja mais gravosa que a condenação definitiva.

2.3.3.1 *Fumus comissi delicti*

Fumus comissi delicti, nas palavras de Lima (2019, p. 989), é “consubstanciado pela prova da materialidade e indícios suficientes de autoria ou de participação”. Aury Lopes Junior (2019, p. 633) esclarece que esse é um conceito muito relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, para ele se faz necessário invocar uma interpretação sistemática e constitucional.

Ferrajoli (2012, p. 5) aponta que no processo penal acusatório do Estado Constitucional é indispensável o confronto entre as partes perante o terceiro imparcial, que adote as normas constitucionais e discutindo sobre dispositivos normativos com linguagem clara.

Na decretação da prisão preventiva, o magistrado precisa realizar um juízo de probabilidade, uma vez que não há certeza. Seria um predomínio de razões positivas sobre a qual a infração penal é analisada, isto é, a prova de que a conduta é, visivelmente, típica, ilícita e culpável (SOUZA, PARÓDIA, BOECHAT e PEREIRA, 2016, p. 725).

2.3.3.2 *Periculum libertatis*

Conforme leciona Aury Lopes Junior (2017, p. 98) o *periculum libertatis* é o “perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo, previsto no CPP como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal”.

Trata-se, portanto, do perigo real que a permanência do acusado em liberdade ocasiona para a investigação criminal e para o processo penal. A análise do *periculum libertatis* é algo subjetivo e amplo. Vejamos:

O fator problemático na análise do *periculum libertatis* é a ampla liberdade do juiz concedida pelo CPP, tendo em vista ter lhe conferido aferição subjetiva das justificativas para a decretação da prisão preventiva, sendo objeto de flagrante inconstitucionalidade, ainda não analisada pelo Supremo Tribunal Federal. (SOUZA, PARÓDIA, BOECHAT e PEREIRA, 2016, p. 725).

De acordo como artigo 312 do CPP, a prisão preventiva é decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da lei penal ou em caso de descumprimento das

obrigações impostas por força de outras medidas cautelares. Então, basta o magistrado fundamentar a decisão em um desses pontos.

Porém, a decisão não pode ser fundamentada na descrição genérica que compõem o tipo penal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica na necessidade aliar os pressupostos do artigo 312 do CPP com as razões que evidenciem a imprescindibilidade da prisão preventiva. A decisão do ministro Celso de Mello no HC 132615 demonstra esse entendimento:

tenho para mim que a decisão em causa, ao impor prisão cautelar à ora paciente, apoiou-se em elementos insuficientes, destituídos de base empírica idônea, revelando-se, por isso mesmo, desprovida da necessária fundamentação substancial.

[...]

É por isso que esta Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal.

Delmato Junior (2019, p. 307) afirma que nenhum juiz iria decretar uma prisão preventiva se não tivesse, ao menos naquele momento preliminar, se convencido com a argumentação apresentada pela Polícia e pelo Ministério Público, considerando uma alta probabilidade de ser mantida as verdades apresentadas para condenar o acusado.

2.4 Prisão temporária

2.4.1 Conceito

A prisão temporária está prevista na Lei n. 7.960/89 e é uma medida privativa da liberdade de locomoção, decretada por tempo determinado, destinada a permitir as investigações de crimes considerados graves, durante o inquérito policial. (GONÇALVES, 2019, p. 441)

Foi uma medida inicialmente criada pela criada Medida Provisória nº 111, de 24/11/1989 que acabou apresentando um vício de iniciativa que não é sanado com a conversão da medida em lei. Nessa mesma seara, a prisão preventiva apresenta inconstitucionalidade uma vez que a restrição de liberdade de um suspeito que, não existindo elementos suficientes de sua conduta nos autos do inquérito policial, é preso para que esses elementos sejam encontrados não deveria ser permitido no Estado Democrático de Direito. (RANGEL, 2018, p.867)

Ferrajoli (2002, p.511) defende que a “prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio”, portanto para ele não deveria existir a prisão preventiva no ordenamento jurídico. Cezar Bitencourt (2011, p. 161) reforça que a questão da privação da liberdade, nas atuais condições do sistema carcerário, deve ser analisada com cautela haja vista a crescente desumanização das prisões.

2.4.2 Finalidade

Segundo Nucci (2019, p. 758) finalidade da prisão preventiva é “assegurar uma eficaz investigação policial, quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave”. Sanguiné (2014, p. 96) define que a prisão temporária tem como finalidade:

auxiliar a investigação policial de crimes graves e repulsivos mediante o recolhimento de elementos imprescindíveis para a formação do inquérito policial (art. 1º, inc. I, da Lei n. 7.960, de 21.12.1989) e à consolidação da justa causa para a ação penal, que de outra maneira não se conseguiria, bem como para satisfazer a necessidade de imediata e eficaz reação social à prática de crimes graves e repulsivos

Trata-se de uma prisão dirigida à investigação e que não existe no curso do processo penal por afastamento de seu embasamento. Terminada a investigação preliminar, não se pode mais considerar a aplicação da prisão temporária. Diante desse panorama, a prisão temporária acaba se tornando um instrumento na cultura inquisitória em que se utiliza a privação da liberdade para alcançar a confissão e a “colaboração”. (LOPES JUNIOR, 2019, p.678) Ocorre que o interrogatório não deve ser utilizado com esse intuito e sim permitir que o acusado possa apresentar sua versão sem a inclusão de fatos inverídicos. (FERRAJOLI, 2002, p. 512/513).

2.4.3 Pressupostos

O artigo 1º da Lei n. 7.960/89 apresenta as hipóteses de cabimento para decretação da prisão temporária. O inciso I autoriza “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial”. O inciso II permite “quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade”. E, por fim, no inciso III, admite a temporária “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou

participação do indiciado nos seguintes crimes”: relacionando, a seguir, inúmeras infrações penais, possuindo por característica comum o fato de constituírem infrações mais gravemente apenadas, muitas das quais abrangidas entre os crimes hediondos ou equiparados. (PACELLI, 2019, p. 554)

Segundo Marcão (2019, p. 209):

imprescindível é aquilo sem o que não se pode conseguir algo ou chegar a um determinado ponto. Neste caso, deve a prisão antecipada e excepcional revelar-se imprescindível, e, portanto, apresentar-se como única alternativa lógica e possível para se obter determinada prova ou conjunto de informações, sem as quais não chegará a bom termo a investigação criminal iniciada e documentada em inquérito policial regularmente instaurado.

Já a hipótese do inciso II refere-se ao prejuízo que representa a não identificação dos dados do investigado, se o agente não possui residência fixa ou não fornece elementos para o esclarecimento de sua identidade, as investigações poderão ser prejudicadas sobremaneira, considerando que não será possível encontrar o acusado. (MENDONÇA, 2011, p. 321)

Em relação ao inciso III, especifica “quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes”:

a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2o); b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1o e 2o); c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1o, 2o e 3o); d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1o e 2o); e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1o, 2o e 3o); f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único); g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);389 h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);390 i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1o); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);1) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; m) genocídio (arts. 1o, 2o e 3o da Lei nº 2.889, de 1o de outubro de 1956), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);391 o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986); p) crimes previstos na Lei de Terrorismo (incluído pela Lei nº 13.260/16). (BRASIL, 1989)

Não existe unanimidade na doutrina quanto a aplicação dos requisitos para a decretação da prisão temporária. Lima (2019, p. 1029) apresenta as 5 correntes:

- a) basta a presença de qualquer um dos incisos: tem fundamento em regra básica da hermenêutica, segundo a qual incisos não se comunicam com incisos, mas somente com o parágrafo ou com o caput;
- b) é necessária a presença cumulativa dos três incisos;

- c) além do preenchimento dos três incisos, é necessária a combinação com uma das hipóteses que autoriza a prisão preventiva;
- d) deve o inciso III estar sempre presente, seja combinado com o inciso I, seja combinado com o inciso II (corrente majoritária);
- e) sempre serão necessários os incisos I e III.

Para este trabalho, vamos nos filiar a corrente majoritária. Portanto, a prisão temporária somente poderá ser decretada quando estiverem presentes as situações previstas nos incisos III combinada com os incisos I ou II.

3 Medidas Cautelares e o Garantismo Penal

O italiano Luigi Ferrajoli apresenta no livro *Direito e Razão* a teoria do garantismo penal, onde ele aborda os aspectos formais e substanciais que tem a função de garantir realmente aos indivíduos todos os direitos fundamentais estabelecidos no ordenamento jurídico. E a partir desses direitos fundamentais analisar se determinada norma tem validade. Na sua obra, ele apresenta diversas discussões sobre a pretensão punitiva do Estado.

Neste trabalho, utilizaremos sua abordagem sobre as medidas cautelares, prisões e as suas aplicações.

Segundo Ferrajoli:

a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo mais temível do que as pena (FERRAJOLI, 2002, p. 377).

Neste contexto, o autor (FERRAJOLI, 2002, p. 378). afirma que “nem as penas privativas de liberdade, nem as penas pecuniárias, nas atuais circunstâncias, parecem estar em condições de satisfazer os fins que justificam o direito penal”. Ele acredita que os mecanismos previstos no Direito Penal não estão atingindo a finalidade para quais foram estabelecidos diante da necessidade de uma resposta jurisdicional para a sociedade.

O desenvolvimento das medidas alternativas e das sanções substitutivas demonstram a crise das penas privativas de liberdade. Ferrajoli (2002, p.379) reconhece que a “prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que a “privação de um tempo abstrato de liberdade””, e, portanto, provoca ao indivíduo determinadas ocorrências que tornam a pena privativa de liberdade uma situação extremamente gravosa. Dentre elas, o autor cita:

à aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a aflição psicológica: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso (FERRAJOLI, 2002, p. 379).

Desta forma, a prisão é uma situação lesiva para a dignidade da pessoa humana, penosa e inutilmente aflitiva. Demonstra que a sua aplicação pode acarretar

em um afastamento do imputado da sociedade e não será capaz de efetivar a reeducação do indivíduo considerando toda essa aflição imposta.

Um dos fatores que deve ser observado na decretação da privação da liberdade, segundo Ferrajoli, é o tempo dessa privação, vejamos:

a duração máxima da pena privativa de liberdade, qualquer que seja o delito cometido, poderia muito bem reduzir-se, curto prazo, a dez anos e, a médio prazo, a um tempo ainda menor; e que uma norma constitucional deveria sancionar um limite máximo, digamos, de dez anos (FERRAJOLI, 2002, p. 381).

O tempo da privação da liberdade é um aspecto essencial para análise das garantias do indivíduo uma vez que produz um custo de sofrimentos não equilibrados com a pretensão punitiva. O autor apresenta como uma possível solução para as situações provocadas pela privação da liberdade a redução do tempo de cumprimento da pena. Ele entende que dez ou quinze anos é o tempo máximo para reclusão, seria um período humanamente tolerado e faria a supressão da prisão perpetua e ocasionaria a redução de todas as demais penas privativas de liberdade.

Conforme Ferrajoli, a duração máxima da pena privativa de liberdade, independente do delito praticado, deveria ser reduzida a curto prazo a dez anos e a médio prazo em um tempo ainda menor. Para ele:

Uma redução desses gêneros suportaria uma atenuação não só quantitativa, senão também qualitativa da pena dado, que a ideia de retornar a liberdade depois de um breve e não após um longo ou um talvez interminável período tornaria sem dúvida mais tolerável e menos alienante a reclusão (FERRAJOLI, 2002, p. 381).

Uma vez que essas reduções sejam efetivadas os argumentos humanitários que defendem a flexibilidade das penas caem por terra e minimiza os danos causado ao indivíduo, tendo em vista que uma pessoa condenada a muitos anos saíra completamente diferente do que entrou.

Já em relação a pena pecuniária Ferrajoli tem uma abordagem bem pessimista. Para ele, trata-se de uma pena aberrante sobre vários pontos de vista. Vejamos:

Sobretudo porque é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar, o que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, à pena; em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica assim submetido a uma pena por um pato alheio. A pena pecuniária é desproporcional em qualquer delito, ao estar abaixo do limite mínimo que justifica a imposição da pena (FERRAJOLI, 2002, p. 382).

Penas pecuniárias deveriam ser abolidas sob o ponto de vista do autor, pois poderia ser transformada em uma sanção administrativa e, portanto, descriminalizaria o delito ou então ela seria insuficiente e acabaria sendo substituída por outra sanção.

Neste contexto, Ferrajoli (2002, p.383) afirma que a justiça penal “não pode ser incomodada e sobretudo não pode incomodar o cidadão por fatos de escassa importância, como o são a maior parte dos atualmente castigados simples multas”. Ele transfere para o legislador a incumbência de decidir se o fato proibido deve ter caráter administrativo ou penal. Assim:

uma sanção pecuniária mais ou menos elevada, quando entenda que o fato não lesiona bens ou direitos fundamentais e, por conseguinte, qualificado como ilícito administrativo de competência da autoridade administrativa; uma pena restritiva da liberdade pessoal, ou quando, contrário, seja considerado lesivo a bens de fundamental interesse individual ou coletivo e seja qualificado como um delito é de competência da autoridade judiciária (FERRAJOLI, 2002, p. 384).

Desta feita, as penas pecuniárias são desproporcionais por defeito e as penas privativas de direitos que tem conteúdo patrimonial são desproporcionais por excesso em relação a gravidade do delito.

Por isso, o autor sugere a criação de um sistema de penas alternativas. FERRAJOLI (2002, p. 385) alega que “na perspectiva da superação da pena privativa de liberdade, o problema mais difícil é, obviamente o tipo de pena que irá substituí-la”, mas utilizando as chamadas medidas alternativas tais como a prisão domiciliar, limitação do fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada, e outras semelhantes, poderão constituir uma alternativa mais efetiva que a pena privativa de liberdade.

Para viabilizar esse sistema, os conteúdos das penas devem sofrer uma transformação e Ferrajoli admite que será necessário a redefinição teórica e normativa das privações de bens e de direitos compatíveis com a preservação da dignidade da pessoa. Assim ele estabelece:

A previsão legal da reclusão só para poucos, gravíssimos delitos e por um tempo máximo determinado, por exemplo, os três primeiros anos; e a previsão, após três primeiros anos, e desde o início para os demais delitos, de penas legais correspondentes às atuais medidas alternativas, como a semiliberdade, limitação de fim de semana, as prisões domiciliares e outras semelhantes (FERRAJOLI, 2002, p. 386).

Nesse sentido, pode-se alterar o conteúdo da pena mudando os direitos apontados como objeto da privação da liberdade pessoal, mas segundo Ferrajoli (2002, p.386) “o que não pode ser alterado é o caráter privativo da pena, que é

condição de sua certeza, legalidade e determinação”. Há aqui uma preocupação com as garantias dos indivíduos.

Segundo Ferrajoli (2002, p.386), a “liberdade - tal como a vida - é, na realidade, um direito personalíssimo, inalienável e indisponível e [...] sua privação total deveria ser proibida”. Os outros direitos, no entanto, por serem disponíveis admitem formas mais variadas de privação ou de supressão.

A construção dessas restrições deve se aliar as garantias processuais penais expressas por princípios que delimitam quando e como julgar, tais como a presunção de inocência, separação entre juiz e acusação, ônus da prova e o direito de defesa do acusado. O autor (FERRAJOLI, 2002, p. 495). define que “as garantias penais como as processuais valem apenas por si mesmas, mas, também, como garantia recíproca de efetividade”. Deste modo:

As garantias penais, ao subordinar a pena aos pressupostos substanciais do crime – a lesão, a conduta e a culpabilidade -, são tanto efetivas quanto mais estes forem objeto de um juízo, em que sejam assegurados ao máximo a imparcialidade, a verdade e o controle (FERRAJOLI, 2002, p. 495).

Isto posto, possibilita a garantia de um juízo não arbitrário já que as garantias penais e processuais estão vinculadas ao princípio da legalidade e logo estão restritos apenas aquilo que estiver previsão legal. Ferrajoli aborda que o princípio da legalidade garante a prevenção de ofensas previstas como delitos e o princípio de submissão à jurisdição previne vinganças e penas privadas. Neste sentido vale ressaltar que:

As garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma verdade mínima em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 498).

Trata-se de uma demonstração que o modelo do processo penal tem que ser permeado por parâmetros mínimos que garantam a sociedade a devida responsabilização do imputado e também permita que o acusado possa exercer sua defesa sem maiores constrangimentos. Isso só é possível quando um ordenamento jurídico está alinhado com ideais que promovam um Estado Democrático de Direito.

Essa tem sido uma premissa de grande parte dos ordenamentos jurídicos e como Ferrajoli (2002, p. 500) apresenta “a existência da motivação ” de fato ” e ” de direito ” como condição necessária da validade dos provimentos jurisdicionais é

prescrita por normas jurídicas específicas” possibilita a busca pela verdade processual que todos os interessados desejam. Ainda nessa seara, FERRAJOLI (2002, p. 502) versa que o “interesse penal geral já se encontra satisfeito preventivamente pela função Legislativa, à qual é confiada a definição em abstrato das figuras delitivas”.

Ferrajoli apresenta ainda a seguinte finalidade do processo penal:

O escopo justificador do processo penal se identifica com a garantia das liberdades do Cidadão, mediante a garantia da Verdade - uma verdade não caída do céu, mas atingida mediante provas e debatidas - contra o abuso e o erro (FERRAJOLI, 2002, p. 503).

Trata-se de uma legitimação da atividade do juiz, aquele que é dotado para realizar análise imparcial dos fatos e do direito, afim de estabelecer a verdade processual. Essa verdade sustenta o sistema penal que é construído da seguinte forma:

é essencialmente um sistema de definição e averiguação dos desvios puníveis, a epistemologia adotada passa a ter uma direta relevância teórico-jurídica: Seja entendida em sentido descritivo, como instrumento de análise de controle das técnicas de investigação concretamente admitidas e praticadas pelos ordenamentos penais positivos; seja, pelo contrário, entendido em sentido prescritivo, isto é, como modelo deontológico ou normativo de um sistema penal cognitivo, tendenciosamente " com verdades" e " tem valores"(FERRAJOLI, 2002, p. 505).

Desta forma a jurisdição, dentro da tradição garantista, é a atividade indispensável para obter a prova de que um sujeito cometeu um delito. FERRAJOLI (2002, p. 505) ainda complementa que se “tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser reputado culpado nem submetido a pena”. Aqui há um importante ponto a ser ressaltada, nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 506) “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova de culpa - ao invés da de inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo”.

Por isto, a jurisdição deve atentar-se ao princípio da presunção da inocência para assim validar o Estado Democrático de Direito. Ferrajoli aponta que:

Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam (FERRAJOLI, 2002, p. 506).

Se deixarmos de lado o princípio da presunção da inocência, corremos o risco de voltar a idade medieval, onde a mera suspeita ou dúvida de culpabilidade consistia numa semiprova.

Uma vez atrelada a jurisdição ao princípio da presunção da inocência, se faz necessário apresentar os aspectos que envolvem as medidas cautelares. Para Ferrajoli:

A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de Inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo (FERRAJOLI, 2002, p. 508).

A partir desse ponto, o autor utiliza-se do pensamento de outros influentes pensadores para construir a sua linha de raciocínio sobre a decretação da prisão preventiva. O primeiro pensador abordado foi o Hobbes:

Assim, para Hobbes, a prisão preventiva não é uma pena mais um "ato de hostilidade" contra o cidadão, de modo que "qualquer dano que faça um homem sofrer, com prisão ou constrição antes que sua causa seja ouvida, além ou acima do necessário para assegurar sua custódia, é contrário à lei da natureza. Hobbes justificou a "carceragem" com a necessidade de "custódia de um homem acusado", afirmando que nesse caso ela "não é uma pena, pois se supõe que ninguém seja punido antes de ter sido ouvido em juízo" (FERRAJOLI, 2002, p. 508).

Em sequência, apresentou o pensamento de Beccaria:

Para Beccaria, "sendo a privação da Liberdade uma pena, não pode proceder a sentença senão quando assim exigir a necessidade": Precisamente, a "custódia de um cidadão até que seja culpado,... deve durar o menor tempo e deve ser a menos dura possível" e "não pode ser senão o necessário para impedir a fuga ou não ocultar a prova do crime". Beccaria, depois de tê-la considerado "necessária" contra o perigo de fuga ou de deterioração das provas, chegou a considerá-la "uma pena que por necessidade deve, diferentemente de qualquer outra, preceder a declaração do delito" (FERRAJOLI, 2002, p. 508).

Por fim, complementou com Voltaire que definiu que "o modo pelo qual em muitos Estados se prende cautelarmente um homem assemelha-se muito a um assalto de bandidos" (VOLTARE *apud* FERRAJOLI, 2002, p. 508). Após essa apresentação do que foi dito pelos pensadores, Ferrajoli concluiu que:

Em suma, ainda que em nome de "necessidades" diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva – somente o perigo de fuga, só o risco de deterioração das provas, ambos esses perigos juntos, ou simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção; ou ainda conjuntamente os perigos de natureza processual e os de natureza penal – a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo o pensamento liberal clássico (FERRAJOLI, 2002, p. 509).

A evolução da prisão preventiva durante alguns regimes, como por exemplo o fascismo, teve um enfraquecimento uma vez que não existia obstáculos para o uso e abuso da sua aplicação, Ferrajoli (2002, p.510) aduz que "a prisão preventiva

assumia assim a fisionomia de uma verdadeira medida de prevenção contra os perigosos e suspeitos ou, pior, de uma execução provisória, ou antecipada, da pena”.

Esse encarceramento preventivo sem a devida observação da presunção da inocência demonstra um esvaziamento das garantias penais e processuais. Ferrajoli defende que:

Toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape a confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo (FERRAJOLI, 2002, p. 511).

Para ele é preciso apreciar a necessidade de utilizar a prisão preventiva, não pode ser uma mera conveniência do Estado. A intenção da prevenção pode ser justificada por duas finalidades: o perigo da deterioração das provas e o perigo de fuga do acusado. Não se deve confundir a intenção de proteger as provas com o interrogatório do acusado tendo em vista que não se trata de conseguir uma confissão. De acordo com Ferrajoli:

O interrogatório do imputado, em uma visão não inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito de defesa, que deve servir não para formar prova de culpabilidade mas só para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado (FERRAJOLI, 2002, p. 512/513).

O interrogatório não pode ser uma medida coercitiva, em crimes graves deve ser compreendido como uma exigência instrutória afim de possibilitar que o imputado não apresente falsas defesas. Deve-se levar aqui o mesmo parâmetro da duração da prisão, não deve ter longo período de interrogatório uma vez que se mostra ineficaz longos períodos de privação de contato com o mundo exterior.

Ferrajoli (2002, p.513) aduz que “excluída a função de conservação das provas, o prolongamento da detenção não pode ter outro efeito que o de colocar o imputado numa condição de submissão”. Essa condição coloca obstáculo à defesa do acusado, pode induzir a uma confissão e nem o mais inocente dos homens estaria em condições de enfrentar os seus acusadores sem sucumbir.

A custódia preventiva depois do interrogatório somente é considerada favorável quando olhamos a defesa como um obstáculo. Para o autor, o perigo de fuga do imputado está evidenciado não pelo medo da pena, mas sim pela possibilidade de ser preso preventivamente. Caso não existisse essa perspectiva, o acusado se preocuparia em se defender e não em achar meios de fuga (FERRAJOLI, 2002, p. 514).

Ademais, considerando que em uma sociedade informatizada e internacionalmente integrada uma fuga é algo bem complexo. Ferrajoli (2002, p. 514/515) acredita que bastaria “uma vigilância mais intensa ao imputado sobretudo nos dias precedentes à sentença” do que forçar ele a clandestinidade de uma fuga e um estado de permanente insegurança.

Por se tratar de uma questão de dignidade, um cidadão presumidamente inocente deveria poder enfrentar seus juízes livre, principalmente para que ele consiga enfrentar a acusação de forma igualitária, organizando sua defesa. Para Ferrajoli:

a única necessidade processual que pode justificar uma coação momentânea – a não deterioração das provas antes do primeiro interrogatório – é o ao menos em grande extensão satisfeita pela condução coercitiva do imputado à frente do juiz de modo a permitir a contestação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores (FERRAJOLI, 2002, p. 515).

Neste ponto, o melhor é que do interrogatório do acusado até a sua condução ao juízo tivesse apenas os dias necessários para realizar as notificações, evitando o prolongamento do processo de forma desnecessária. Desta forma, estaria legitimando o Poder Judiciário e fortalecendo o papel dos juízes como garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos. Na opinião de Ferrajoli (2002, p. 516) a “redução dos prazos do processo, seguiria um aumento seguro da eficiência judicial. Mas, sobretudo, resultaria fortalecida a confiança na magistratura e restaurada a certeza do direito”.

O prolongamento da marcha processual pode afetar um importante fator influenciador na defesa da decretação da prisão preventiva: a opinião pública. A ideia de um acusado não julgado de imediato acaba provocando um clamor social que ele não será punido. É por isso que a jurisdição não pode ser derogada, precisa ter uma organização judiciária bem estabelecida com seus métodos e procedimentos definidos, com a divisão entre as funções de juiz e acusação (FERRAJOLI, 2002, p. 515).

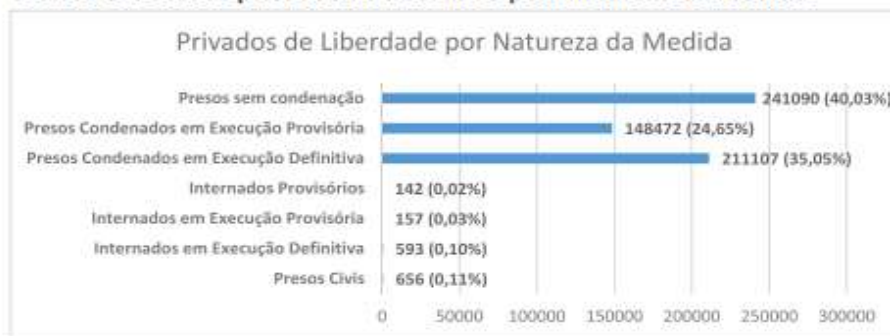
Ferrajoli (2002, p. 516) alega que “o princípio da não derrogação da jurisdição, mesmo acompanhado, como em nosso ordenamento, do princípio da obrigatoriedade da ação penal, não significa, no entanto que nenhum crime deva ficar sem julgamento e pena”. O que acarreta numa quantidade de leis para punir pequenas transgressões e resulta na inefetividade dos controles e sanções penais.

4 Análise dos Pontos Conflitivos à luz do Garantismo Penal

4.1 Impacto no sistema carcerário

Considerando gráfico abaixo, retirado do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, demonstra que 40% da população carcerária não possui condenação, superando a quantidade de presos em condenação definitiva.

Gráfico 5. Pessoas privadas de liberdade pela natureza da medida



Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

* Cumpre anotar que, no sistema, o documento hábil à mudança da natureza da prisão sem condenação para prisão decorrente de condenação é a guia de recolhimento, de modo que são computados como presos sem condenações as pessoas que já condenadas em primeiro grau em relação às quais não foi expedida guia de recolhimento. Neste sentido o parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução CNJ n. 113/2010 estabelece o prazo máximo de cinco dias para a expedição da guia de recolhimento definitiva ou de internação, dispondo o artigo 9º do mesmo ato normativo que a guia provisória deve ser expedida após o recebimento de eventual recurso.

As prisões cautelares representam uma porcentagem alta em relação à manutenção de pessoas presas, sem prazo determinado para soltura. (TORRES, 2020, p. 950)

O INFOPEN de junho de 2019 apresenta o número de vagas no sistema penitenciário totaliza 460.750 enquanto a quantidade de presos custodiados no sistema penitenciário é de 752.277, numa clara demonstração que a estrutura penitenciária brasileira já não suporta a demanda que tem recebido.

Aires (2020, p. 11) alerta que os presídios brasileiros estão lotados, apresentando condições baixas de higiene e segurança dos internos, ademais não há uma separação entre os acusados pela natureza do seu crime e, portanto, recebem o mesmo tratamento, sem promover uma reabilitação. A Lei 7.960/1989, em seu art. 3º, estabelece que o preso temporário não poderá ficar junto sequer com os demais presos cautelares (presos preventivos e em flagrante).

Saguiné (2014, p. 680) acrescenta:

Convém recordar que o encarceramento incrementa a reincidência, pouco importando se trate de prisão cautelar ou de prisão-pena. Além disso, uma das maneiras efetivas pela qual é possível conter, na prática, o uso abusivo da prisão cautelar consiste em escapar de uma radical bipolaridade político-criminal: prisão-liberdade provisória e criar um amplo rol de medidas cautelares alternativas à prisão

Cabe notar que o aumento no número de presos não foi seguido por um aumento da mesma ordem no número de vagas no sistema, embora tenham sido criadas novas vagas e novos estabelecimentos penitenciários. Utiliza-se num modelo falido ao mesmo tempo em que se aposta, no nível discursivo, em modelos alternativos, medidas cautelares— estes ainda longe do centro da política penal nacional. (COELHO E CARVALHO FILHO, p. 60/67)

O próprio Conselho Nacional da Justiça reconhece na publicação do Mutirão Carcerário que estamos a entupindo nossas prisões por uma utopia de diminuir a criminalidade e “pondo atrás das grades os violadores das normas penais, mas não raro esquecidos da condição de seres humanos dos que, subtraídos momentaneamente do nosso convívio, abandonamos depois dos muros”. (BRASIL, CNJ, 2011, p. 9). Na publicação Justiça em números, podemos ver que a maioria das penas aplicadas em 2018 foram privativas de liberdade, um total de 219,3 mil execuções, 63,9% do total. (BRASIL, 2019, p. 160)

Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 377) esse cenário representa a crise da pena de prisão, a impotência dos procedimentos cautelares tem provocado um abarrotamento no encarceramento. Para o autor, a utilização dessas medidas em larga escala se dá pela atuação dos meios de comunicação que desejam imprimir na sociedade uma falsa sensação de segurança quando delitos de cunho patrimonial são fortemente reprimidos pela polícia e recebem a resposta punitiva do judiciário.

Em uma entrevista para Revista DESC, Ferrajoli foi questionado sobre a possibilidade de redução do encarceramento no sistema penal brasileiro em razão da superlotação, vejamos sua resposta:

A superlotação é, em si mesma, um tratamento contrário ao senso de humanidade que, como tal, é ilegítimo e não deve ser de modo algum permitido. Quanto ao encarceramento em massa, no Brasil como nos Estados Unidos, é sempre o sinal inequívoco do caráter discriminatório e classista do direito penal desses países. Tanto mais nesses países, por isso, seria necessário impor processos de descriminalização e de desencarceramento. Há anos venho propondo, por um lado, a redução da duração máxima das penas para 15 ou no máximo 20 anos e, por outro lado, a previsão de uma ampla gama de sanções penais alternativas à reclusão para todos os crimes não graves. Acrescento que uma verdadeira política anticrime, que realmente tenha foco na segurança, deveria ser, muito mais do que uma política criminal, uma política social, capaz de reduzir as causas econômicas e materiais da criminalidade de rua e de subsistência e, obviamente, mais difícil e trabalhosa que o simples agravamento demagógico das penas.(FERRAJOLI, PONTES, BRONZO, 2019, p.38)

As prisões e penitenciárias brasileiras se transformaram em depósitos humanos, onde homens e mulheres são deixados aos montes, sem a menor dignidade. Os locais que foram projetados para acomodar duzentos e cinquenta presos e acabam acomodando em média seiscentos ou mais, facilitando o aparecimento de doenças graves e outras mazelas, no meio dos detentos. (WOLTMANN, SOUTO, 2009, p. 39)

Para Bauman (1999, p. 129) a prisão não deve a estratégia a ser utilizada para combater a criminalidade ou garantir a segurança da sociedade. E ele afirma que “colocar mais gente na prisão e por mais tempo até aqui não se mostrou a melhor maneira).

Recentemente visualizamos um movimento do judiciário brasileiro para reavaliar a situação de presos sem condenação e presos em regime semiaberto ou do grupo de risco em razão da pandemia de coronavírus. As medidas foram amplamente divulgadas pelos meios de comunicação e foi motivo de revolta da população.

Para ilustrar, em recente caso, a 4ª Turma Cível do TJDF, teve uma decisão no mesmo sentido:

A 4ª Turma Cível do TJDF, em decisão do relator, deferiu pedido liminar feito pela Defensoria Pública do Distrito Federal – DPDF, para suspender a prisão de 29 pessoas que deixaram de cumprir com a obrigação de prestar alimentos. A decisão terá efeitos enquanto perdurar a situação de emergência em saúde pública de importância nacional ou o estado de transmissão comunitária do COVID-19, a critério do juízo de primeiro grau.

[...]

Ao decidir, o magistrado destacou que, **embora as condições gerais "sejam boas e suficientes em momento de normalidade, em quadro de pandemia causada por vírus (...) é forçoso reconhecer que, apesar dos esforços e medidas profiláticas adotadas pela DCCP, resta uma margem de risco de contágio e que precisa ser sopesada, considerando a natureza da obrigação e a finalidade da segregação".**

Na decisão, o relator ressaltou ainda que “a prisão civil dos atuais devedores não configura pena, mas tão somente meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de natureza alimentar e a fim de garantir o sustento daqueles que dele dependem”. Além disso, o desembargador salientou que **“dadas as proporções e magnitude de cada um dos direitos em conflito, o interesse do credor ao pagamento de prestação alimentar não pode se sobrepor à saúde e integridade do devedor”**. (grifo nosso)

O que podemos observar com esse movimento é uma tentativa de o Estado responder com mais efetividade para evitar a consequência dos problemas estruturantes, tais como as violações sistemáticas de direitos provocado pelo inchaço

desordenado da massa carcerária nacional. Ponderando a alta taxa de mortalidade dentro dos presídios, uma vez que há seis vezes mais chances de morrer na prisão sob custódia do Estado que fora, evidenciando que se está cada vez mais longe de um sistema digno, principalmente para aqueles indivíduos que não possuem condenação em definitivo. No período compreendido entre outubro de 2017 a agosto de 2018, totalizaram 109 mortos dentro do sistema penitenciário brasileiro, segundo dados do BNMP 2.0. (BRASIL, 2019, p. 44)

Segundo estudo realizado por Magalhães e Souza Filho (2018, p.12), a situação de superlotação dos presídios seria amenizada se a lei fosse aplicada com mais rigor. Considerando que boa parte da população carcerária está em prisão preventiva mesmo quando a legislação brasileira estabelece a presunção de inocência até o trânsito julgado do processo.

4.2 Impacto na vida do acusado

Para Bobbio (2004, p. 49) o “homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade”. A liberdade é uma das garantias previstas em nossa Constituição, desde a liberdade de locomoção como a de poder ter a sua crença.

Segundo Ferrajoli (2002, p. 379) submeter indivíduos sem pena à aflição corporal da pena carcerária é um adiantamento da condenação e pode implicar em situações irreversíveis para o acusado, tais como a perda da sociabilidade, da afetividade, da identidade, além do tratamento dirigido ao acusado pela sociedade.

Ademais, o artigo 84 da Lei de Execuções Penais (LEP) estabelece que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado”, e nos seus incisos ainda há uma diferenciação seguindo critérios da natureza do crime que está sendo acusado. Da mesma forma, o artigo 102 da LEP determina que os detentos sob prisão provisória devem ser colocados em cadeias públicas. (BRASIL, 1984)

Essa separação também é uma determinação prevista no artigo 5º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos “os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas”.

Contudo essa não é a realidade dos presos provisórios no Brasil. A vida carcerária tem condições que podem desempenhar um entrave na ressocialização do indivíduo. Bitencourt (2011, p. 165) classifica essas condições em fatores materiais, psicológicos e sociais, vejamos:

Fatores materiais: As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar na umidade e nos odores nauseabundos. Mesmo as prisões mais modernas, onde as instalações estão em um nível mais aceitável e onde não se produzem graves prejuízos à saúde dos presos, podem, no entanto, produzir algum dano na condição físico-psíquica do interno já que, muitas vezes, não há distribuição adequada do tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico.

Fatores psicológicos: um dos problemas mais graves que a reclusão produz é que a prisão, por sua própria natureza, é um lugar onde se dissimula e se mente. O costume de mentir cria um automatismo de astúcia e de dissimulação que origina delitos penitenciários, os quais, em sua maioria, são praticados com artimanhas (furtos, jogos, estelionatos, tráfico de drogas, etc.) [...] A aprendizagem do crime e a formação de associações delitivas são tristes consequências do ambiente penitenciário.

Fatores sociais: a segregação de uma pessoa do seu meio social ocasiona uma desadaptação tão profunda que resulta difícil conseguir a reinserção social do delinquente, especialmente no caso de pena superior a dois anos. O isolamento sofrido, bem como a chantagem que poderiam fazer os antigos companheiros de cela, podem ser fatores decisivos na definitiva incorporação ao mundo criminal.

A situação dos presos é desumana, o encarceramento representa uma punição maior do que estipulado pela justiça. São tolhidos não apenas da liberdade, mas de educação, saúde, alimentação, privacidade e segurança. As condições impostas não ferem apenas a dignidade dos presos, como também não contribui para sua ressocialização, facilita ainda mais para um perfil violento. (CARVALHO, PEREIRA, 2019, p. 7/8).

O próprio Estado reconhece que não tem estrutura suficiente para separar o preso provisório daquele que já possui condenação, bem como não fornece condições dignas nos presídios. (LIMA, 2019, p. 926)

O acórdão do Recurso Especial Nº 1.537.530 - SP (2014/0320774-0) é uma demonstração que os Tribunais esquecem do dever do Estado de resguardar os direitos fundamentais dos presos. A DPE-SP ajuizou Ação Civil Pública que visava obrigar o Estado de São Paulo a disponibilizar, em suas unidades prisionais, equipamentos para banho dos presos em temperatura adequada ("chuveiro quente").

Foi deferida liminar e o Estado de São Paulo requereu a suspensão da liminar. A decisão do Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo suspendeu os efeitos da liminar e a DPE-SP interpôs Agravo Regimental que foi improvido e gerou o Recurso Especial Nº 1.537.530 – SP. O relator Ministro Herman Benjamin asseverou que:

O caso concreto, no entanto, é peculiar, por ferir triplamente aspectos existenciais da textura íntima de direitos humanos substantivos. Primeiro, porque se refere à dignidade da pessoa humana, naquilo que concerne à integridade física e mental a todos garantida. Segundo, porque versa sobre obrigação inafastável e imprescritível do Estado de tratar prisioneiros como pessoas, e não como animais. Por mais grave que seja o ilícito praticado, não perde o infrator sua integral condição humana. Ao contrário, negá-la a um, mesmo que autor de crime hediondo, basta para retirar de todos nós a humanidade de que entendemos ser portadores como parte do mundo civilizado. Terceiro, porque o encarceramento configura pena de restrição do direito de liberdade, e não salvo-conduto para a aplicação de sanções extralegais e extrajudiciais, diretas ou indiretas. Quarto, porque, em presídios e lugares similares de confinamento, ampliam-se os deveres estatais de proteção da saúde pública e de exercício de medidas de assepsia pessoal e do ambiente, em razão do risco agravado de enfermidades,

Por isso, a vida da pessoa que é submetida ao encarceramento é impactada de diversas formas, tanto no aspecto interno como externo. Nas palavras de Delmanto Junior (2019, p. 37) a prisão é “a maior dentre as várias humilhações que o processo penal pode impor a uma pessoa, ao lado do desconforto social gerado com a sua soltura, notadamente para aqueles que nutrem o pensamento de que se foi preso é porque culpa tinha”.

A mera prisão cautelar já apresenta uma grande modificação na imagem de um cidadão. Conforme Breno Nascimento Pacheco (2010, p. 93) aponta:

“Para o senso comum, não difere a prisão cautelar da prisão pena. Quando noticiada a prisão de alguém, a impressão que se enraíza no subconsciente de cada cidadão, é de ser o aprisionado culpado e não inocente, como o deseja a Lex Legum. Preso, o sujeito deixa de trabalhar e entra no mundo paralelo que é o das cadeias e penitenciárias públicas, com seu altíssimo efeito criminógeno e estigmatizante”.

Woltmann e Souto (2009, p. 41) alertam que no momento que “alguém está sob suspeita do cometimento de um crime, por menor que seja, já é marginalizado, não só pela população em geral, mas pelas autoridades policiais”. Pela decretação da prisão cautelar o indivíduo já é julgado pela sociedade e responsabilizado por atos que existe apenas uma suspeita do seu envolvimento.

Todos esses aspectos abordados, neste capítulo, se agravam com a duração em que o acusado fica encarcerado. Considerando que uma vez preso, a pessoa

passa a criar uma vida apartada da sociedade e perde a função que desempenhava no seu meio social, perde os vínculos com familiares e frequentemente saem sem emprego. (BITENCOURT, 2011. P. 173)

4.3 Tempo de prisão

A Lei 13.964/2019, em seu art. 2º, alterou de 30 anos para 40 anos a pena máxima de prisão no Brasil. Esse aumento por si só, não concebe um sistema de criminal equitativo e não resolve os problemas efetivos da execução penal e o encarceramento, pois uma pena restritiva de liberdade não deve se estender por um longo período. (FERRAJOLI, 2002, p. 381).

Em se tratando de prisões cautelares, Aury Lopes Junior (2019, p. 591) esclarece que “poderão ser revogadas ou substituídas, a qualquer tempo, no curso do processo ou não, desde que desapareçam os motivos que as legitimam, bem como poderão ser novamente decretadas”. Para este autor, a crítica está na indeterminação, pois apenas a prisão temporária tem prazo definido por lei, as demais medidas cautelares ficam a critério do magistrado a definição da sua duração.

Para suprir essa lacuna legislativa, segundo Ruy (2019, p. 400) a jurisprudência brasileira por muito tempo empregou a denominada “regra dos 81 dias”. Para formulação dessa regra, eles utilizaram a soma dos prazos necessários para a prática dos atos que eram preciso realizar na persecução penal até a prolação da sentença de primeiro grau, e assim chegou ao prazo de 81 (oitenta e um) dias para o encerramento da instrução criminal de processos relacionados a réus presos.

Essa regra não subsistiu por diversos, fatores, inclusive a elasticidade da interpretação dada pelos tribunais. Dessa forma, não temos uma uniformização no quesito tempo de prisão. Delmato Junior (2019, p. 456 e 458) pontua:

na prática, a única probabilidade de ser solto, por excesso de prazo, é na hipótese de haver um gritante desrespeito a esses prazos, sendo só um ou dois os réus, sem precatórias, sem perícias requeridas pela defesa, ou seja, um caso simples.[...] Em se tratando de prisão cautelar e excesso de prazo, a massificação de nossa jurisprudência é manifesta no sentido de se ter um verdadeiro “cardápio” de justificativas aptas a flexibilizar excessos de prazo, deixando-se à avaliação subjetiva de cada julgador a análise se houve desídia do Poder Judiciário ou da acusação, ou se estão atuando diligentemente.

Para exemplificar, o levantamento feito pelo CNJ através do BNMP apurou que tem indivíduos presos há mais de 180 dias, sem, contudo, avaliar no caso concreto se existia algum excesso de tempo na manutenção da medida. O gráfico abaixo demonstra essa realidade:

Gráfico 10. Tempo médio de prisão sem condenação



Fonte: BNMP 2.0/CNJ - 6 de agosto de 2018

* Como já registrado em nota à Tabela 12, as pessoas condenadas em relação às quais não foi expedida guia de recolhimento são computadas como presos sem condenação.

** Diante da integração dos sistemas em parte dos registros não constou a data de cumprimento da ordem de prisão, de modo que esse dado deverá ser depurado continuamente pelo sistema. O registro apresentado acima se refere ao número total de 241.090 prisões consideradas, em relação às quais a data foi incluída.

Não há mecanismos para avaliar a duração da prisão cautelar. Ada Pellegrini Grinover alertou que “prendem preventivamente e o acusado pode ficar lá pelo resto da vida. Há muitos casos em que a pessoa sequer é julgada. O sistema penal funciona muito mal”. (MATSUURA E VASCONCELLOS, 2016).

A ausência de um prazo estabelecido em lei e a falta de uniformização nos entendimentos dos tribunais tem sido sanado na doutrina com a aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. (MONTEIRO, 2018, p. 48). Nesse sentido, em razão de não ter um parâmetro definido em lei, o prazo de duração de uma prisão cautelar de ser capaz de fornecer ao acusado ou indiciado, elementos para desenvolver todos os princípios constitucionais que orientam o processo penal. A permanência prolongada, abusiva e irrazoável de uma prisão cautelar de alguma pessoa ofende diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana previsto em nossa Constituição e é um dos pilares em que se sustenta o Estado Democrático de Direito, consagrado pelo sistema de direito constitucional positivado, nos moldes da teoria do garantismo penal. (SILVA, 2018, p.4)

4.4 Tempo duração processual

Em complementação ao tópico anterior, a celeridade nos processos parece ser o melhor caminho para resolver, a princípio, a situação dos presos provisórios. O direito à presunção de inocência deve ser garantido ao acusado e por essa razão ele não pode ser esquecido no presídio, já que não há uma diferenciação entre o preso provisório e o condenado no sistema penitenciário brasileiro. Por outro lado, é preciso maior rigor por parte da justiça, e mais cautela na hora de analisar um pedido de prisão preventiva, tendo em vista a situação caótica dos presídios. (MAGALHÃES e SOUZA FILHO, 2018, p. 12).

A regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se aceitando a sua não observância em situações excepcionais, em que se exija uma ponderação hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da obrigação de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância. (PACELLI, 2019, p. 519)

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal segue o entendimento de que a razoável duração do processo deve ser medida à luz das particularidades do caso concreto, levando-se em consideração, por exemplo, a quantidade de acusados, o número de testemunhas a serem ouvidas, a necessidade de expedição de cartas precatórias, a natureza e a complexidade dos crimes imputados, assim como a atuação das partes (HC 138.736-AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 6/9/2017; HC 138.987-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 7/3/2017; RHC 124.796-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 24/8/2016; HC 135.324, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 6/12/2016; HC 125.144-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 28/6/2016).

O Superior Tribunal de Justiça concretizou seu entendimento sobre o tema com a edição de algumas súmulas, todas no intuito de afastar alegações sobre o excesso de prazo no processo penal, tais como:

Súmula n.º 21 do STJ: Com a pronúncia resta superado o alegado constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução;

Súmula n.º 52 do STJ: Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo;

Súmula n.º 64-STJ: Não há constrangimento ilegal por excesso de prazo se a demora, em feito complexo, decorre de requerimentos da própria defesa. (STJ)

Essas súmulas são utilizadas para justificar a morosidade do Judiciário, utilizando parâmetros para demonstrar que não há uma reavaliação da medida

cautelar se superado algum ato processual. Concordam nesse sentido Lopes Júnior e Badaró:

Inexiste um referencial de duração temporal máxima e, cada vez mais, os tribunais avalizam a (de)mora judicial a partir dos mais frágeis argumentos, do estilo: complexidade (apriorística?) do fato, gravidade (in abstrato?), clamor público (ou seria a opinião publicada), ou a simples rotulação de “crime hediondo”, como se essa infeliz definição legal se bastasse, autolegitimando qualquer ato repressivo. (LOPES JÚNIOR E BADARÓ, 2009, p.107)

Para Ferrajoli (2002, p. 515) “não há razão para procrastinar o julgamento e para não conduzir o imputado à presença dos juízes para proceder ao debate nas formas mais simplificadas previstas para os julgamentos abreviados ou imediatos”. Ele acredita se o tempo fosse reduzido aos dias necessários para fazer as notificações a duração do processo seria mínimo.

Não em todos os casos a culpa é exclusiva do Estado, o acusado pode violar a garantia da duração razoável do processo, se no caso concreto realizar atos manifestamente protelatórios. Ruy (2019, p. 398) apresenta exemplos de como o acusado pode protelar o processo:

reiteração de adiamentos de audiências requeridos pela parte, ora em razão de alegação de saúde quando o problema não impede o comparecimento, ora em razão de frequentes trocas de advogados e a hipótese de fuga do acusado, impedindo ou retardando o julgamento.

O CNJ apurou o tempo médio dos processos baixados no ano de 2018 por tribunal indicam quadros distintos no 2º grau e nos tribunais superiores. Na fase de conhecimento de 1º grau, o tempo do processo criminal é maior que o do não-criminal em todos os ramos de Justiça. A taxa de congestionamento criminal (73,3%) supera a não-criminal (59,2%), na primeira instância. O gráfico abaixo demonstra a diferença do tempo médio de tramitação dos processos criminais e não criminais na justiça estadual: (BRASIL, 2019, p. 161)



O que podemos notar, é que na grande parte dos estados os processos criminais demoram mais tempo para chegar a uma conclusão do que um processo cível. Essa delonga é capaz de resultar em uma sensação de impunidade, em uma demonstração de que o Estado não punindo devidamente aqueles que cometem ilícitos penais. (CASTILHOS E JUNG, 2019, p. 23).

Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 572) “a observância do rito não é só uma garantia de justiça mas também uma condição necessária da confiança dos cidadãos na justiça”. Para ele, o correto desenvolvimento do rito funciona como um freio para o juiz e a sua não observância acarreta a nulidade processual, proporcionando uma garantia de via dupla abarcando a sociedade e o acusado. Desta forma, teríamos um regramento estabelecido de como o processo deve tramitar.

A legislação brasileira embora tenha estabelecido os ritos processuais no artigo 394 do CPP (BRASIL, 1941), não se preocupou em estabelecer critérios de tempo para cada ato processual. Aury Lopes Junior (2019, p. 83) afirma que “o ideal seria a clara fixação da duração máxima do processo e da prisão cautelar, impondo uma sanção em caso de descumprimento (extinção do processo ou liberdade automática do imputado)”.

Infelizmente essa lacuna legislativa cria uma incerteza jurídica, resultando prejuízo para a sociedade, para a vítima e o acusado, bem como seus familiares que ficam reféns da prestação jurisdicional sem saber quando ocorrerá o julgamento ou

mesmo a permanência do acusado em prisão sem condenação. (DELMATO JUNIOR, 2019, p. 403)

5 Conclusão

O presente trabalho procurou analisar as prisões cautelares estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro tendo como norte a teoria do garantismo penal desenvolvida pelo italiano Luigi Ferrajoli. Vale ressaltar neste momento algumas descobertas e conclusões do que foi exposto, e observando que não constitui nosso propósito a elaboração de entendimentos que esgotarão completamente o debate sobre os aspectos abordados, até porque conforme demonstrado no trabalho não há na doutrina ou jurisprudência um consenso sobre tais discussões.

Delmanto Junior (2019, p. 25) traz uma interessante observação quando ele afirma que a liberdade jurídica do indivíduo é o fundamento do processo penal, ou seja, “um instrumento da liberdade que surge como complemento dos direitos e garantias individuais, impondo limites à atuação estatal em cumprimento do seu dever de prestar jurisdição” .

Ferrajoli (2011) ainda complementa que as garantias primárias, tal com o direito à vida, protegidas pelo direito penal não existiriam caso ele tivesse previsão legal. A título de exemplo, a ausência na lei de proibição de prisão sem mandado motivado pela autoridade competente afronta a garantia de liberdade pessoal.

Podemos observar várias garantias previstas em nossa Constituição que visam promover um direito penal justo, tais como o devido processo legal (art. 5, LIV), princípio da legalidade (art. 5, XXXIX), princípio da presunção de inocência (art. 5, LVII), entre outras.

Dessa forma, está presente no ordenamento jurídico brasileiro aspectos garantistas, tal como na teoria do garantismo penal assim definida por Ferrajoli (2002, p. 684), uma vez que se trata de um modelo normativo do direito penal, pautado pela estrita legalidade, adequado ao Estado de Direito, baseado em um poder mínimo que visa minimizar a violência e maximizar a liberdade, confrontando a função punitiva do Estado e as garantias dos direitos dos cidadãos .

Em se tratando de prisões cautelares, considerando que ainda não tem sentença condenatória, a presunção de inocência é o princípio que sofre o maior ponto de tensão em um Estado Democrático de Direito, pois é o custo a ser pago pela prisão prematura e desnecessária de alguém que pode ser inocente.

Para Saguiné (2014, p. 197) esse confronto existe pela “consideração da culpabilidade do acusado como ponto de partida para a imposição de qualquer medida

cautelar”. Ele ainda acrescenta que os requisitos de decretação da medida cautelar, exigência de verossimilhança do crime e de suspeita fundada da autoria de um fato, são o que justificam uma atuação “cautelar” do juiz, e devem, portanto, motivar a decisão.

Obter uma resposta para sociedade e resguardar os direitos fundamentais das vítimas de crime e de seus familiares não devem sobrepor a proteção dos acusados contra a atuação estatal no processo penal. A ideia é que ambos os lados devem ter seus direitos protegidos pelo Estado. Não é porque o indivíduo cometeu um ilícito penal que ele perde seus direitos e garantias fundamentais, até porque não existe nada em nossa sociedade que é capaz de retirar todos os direitos de um cidadão.

As prisões cautelares são estabelecidas para proteger o resultado útil do processo, afim de evitar que durante a marcha processual exista alteração fática pelo lapso temporal até a sentença. Em alguns casos, a liberdade do acusado é um risco e pode afetar aspectos importantes durante o curso do processo, seja apagando de provas, ameaçando testemunhas, evadindo ou, ainda, continuando a praticar crimes.

Assim, quando as prisões cumprem sua função instrumental-cautelar ela seria admitida, em nome da necessidade e da proporcionalidade para justificar a violação de diversas garantias.

O problema são os reflexos provocados pelas prisões cautelares no sistema carcerário e no acusado. Partindo do modelo teórico formulado por Ferrajoli (2002, p. 379), existe uma punição antecipada quando se restringe a liberdade de um indivíduo sem condenação. Percebe-se que por mais admissíveis que sejam as razões decisivas da medida cautelar, esta acarreta uma marca irreparável à imagem de quem esteja sob investigação, além de gerar uma série de implicações prejudiciais no estado social, familiar e econômico do sujeito passivo da medida.

Os dados do BNPM 2.0 e do INFOPEN demonstram que as prisões cautelares geram uma superlotação no sistema carcerário, uma vez que o crescimento das vagas não são proporcionais à demanda.

As condições abordadas no item 4.1 demonstram que o sistema carcerário brasileiro não está apto a garantir os direitos do investigado. Bitencourt (2011, p. 163-164) pontua que a prisão está longe de ser um ambiente favorável para ressocializar o preso, pois a pessoa fica em um ambiente com uma população maior do que a sua capacidade, ocasionando um ambiente propício para violência e maior chance do indivíduo permanecer no mundo do crime.

Assim, a prisão cautelar seria a última medida utilizada para garantir o bom andamento das investigações e da tramitação do processo. Uma vez admitida a prisão cautelar, resta avaliar o tempo de duração da medida. E esse é um dos maiores questionamentos quando falamos de prisões cautelares.

Nas palavras de Aury Lopes Junior (2019, p. 592) “reina a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão”. Apenas a prisão temporária teve seu prazo máximo determinado em lei. As demais modalidades ficam condicionadas ao entendimento do magistrado ou do Tribunal.

Em virtude da inexistência de regramento ou entendimento jurisprudencial que motive o seria excesso de prazo, a solução mais coerente parece ser a aplicação do Princípio da Razoabilidade como fixador do tempo da prisão cautelar. Essa análise deve ser feita no caso concreto, utilizando como parâmetro a complexidade da causa, conduta das partes no processo e gravidade do delito. Tais aspectos são citados pela doutrina como fundamentais para delimitar o tempo da prisão cautelar.

Contudo, Ruy (2019, p. 433) afirma que “há tendência nos Tribunais Superiores pátrios em manter prisões provisórias longas por meio de argumentação genérica, pautada em elementos vagos”. Isso provoca um alto índice de prisões cautelares, principalmente pela delonga tramitação do processo que é outro fator importante para analisar quando se decreta uma prisão cautelar.

O processo deve ser condicionado pelo fator “tempo”. Ou seja, os procedimentos somente tutelam efetivamente os direitos se forem realizados de forma tempestiva, permitindo uma correta distribuição do tempo no processo. Portanto, a celeridade processual é uma demonstração do princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5, inciso LXXVIII, da Constituição.

Ademais, a prisão do acusado até o julgamento do processo imprime uma percepção de justiça feita à sociedade, no entanto, isso não é justiça. Por mais hediondo que seja um crime, o acusado precisa ser tratado conforme a legislação penal.

Existe outras formas do Estado garantir os direitos e garantias constitucionais do investigado, tais como, colocar o acusado em regime de vigilância, prisão domiciliar, utilizar tecnologia a exemplo das pulseiras com GPS, entre outras formas de monitoração do comportamento, já que são menos drásticas que a prisão.

Desta forma, as prisões cautelares são um importante instrumento no ordenamento jurídico que apresenta importantes aspectos de reflexão, sobretudo quando estabelecido em um Estado Democrático de Direito. A efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais só pode ocorrer quando existe um modelo de Estado que tenha como ponto de partida a legalidade dos seus atos, ainda mais na esfera penal.

6 Referências

AIRES, Caroline Paiva. **Sistema carcerário brasileiro**: crise ignorada. Disponível em: < <http://editora.pucrs.br/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/83.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

ARAÚJO, Allan Guimarães. **Sistema carcerário brasileiro**: crise na execução penal. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). UniEVANGÉLICA. 2019. Disponível em:<<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/bitstream/aee/1257/1/Monografia%20-%20Allan%20Guimar%c3%a3es%20Araujo.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Trad. Marcus Panchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Nas prisões brasileiras, o mínimo que se perde é liberdade. Revista **Consultor Jurídico**, 6 jan. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/cezar-bitencourt-massacre-manaus-foi-tragedia-anunciada>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

_____. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7 reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOECHAT, Wagner Saraiva Ferreira Lemgruber; SOUZA, Luiz Fernando de Oliveira; PARÓDIA, Mariane Silva ; e PEREIRA, Malu Maria de Lourdes Mendes. As implicações da decretação da prisão preventiva sob a ótica da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista da Universidade Vale do Rio Verde**, v. 13, n. 2, p. 714-734, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões** – BNMP 2.0: Cadastro Nacional de Presos, Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reentradas e reinterações infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema

penitenciário brasileiro. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/10/mutirao_carcerario.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN** - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/br/br>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Distrito Federal. **TJDFT defere HC coletivo para soltura de presos provisórios por dívida alimentar**. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2020/marco/tjdft-defere-hc-coletivo-para-soltura-de-presos-provisorios-por-divida-alimentar>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 dez. 2019.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. **Lei nº 7.960**, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 15 mar. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.537. 530 São Paulo**. Relator. Min. Herman Benjamin. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/resp-1537350-acordao-publicado-anos.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2119>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 132.615 São Paulo**. Relator: Min Celso de Mello. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC132615ministroCelsodeMello.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 177.354 Mato Grosso**. Relator: min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751606152>>. Acesso em 15 mar. 2020.

CARVALHO, Rodrigo Santos; PEREIRA, Jacó Santos. **A situação carcerária no brasil sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. 2019. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/2093>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

CASTILHOS, Tiago Oliveira; JUNG, Valdir Florisbal. Prazo razoável do processo: liberdade de imprensa versus presunção de inocência do acusado. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, v. 5, n. 1, p. 22-41, 2019. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/5416>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

COELHOS, Maria Thereza Ávila Dantas; CARVALHO FILHO, Milton Júlio de. **Prisões numa abordagem interdisciplinar**. Salvador: EDUFBA, 2012. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/7mkg8/epub/coelho-9788523217358.epub>>. Acesso em: 24 mar. 2020.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, de 22 de novembro de 1969. San José, Costa Rica. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 mar. 2020.

DELMANTO JUNIOR, Roberto. **Liberdade e prisão no processo penal**: as modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração. 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Doce cuestiones en torno a Principia iuris. Eunomía. **Revista en Cultura de la Legalidad**, n. 1, sep.-feb. 2012. Disponível em: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2154>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

_____.; PONTES, José Antônio Siqueira; BRONZO, Pasquale. Entrevista com Luigi Ferrajoli. **DESC-Direito, Economia e Sociedade Contemporânea**, v. 2, n. 1, p. 31-50, 2019. Disponível em: <<https://seer.facamp.com.br/seer/index.php/FACAMP/article/view/28>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JORDÃO, Amanda dos Santos; CINTRA NETO, Bento Barbosa. A duração razoável do processo penal. **Revista de Estudos Jurídicos**, v. 1, n. 28, 2018. Disponível em: <<http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/100>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; COELHO, Marcial Duarte; e RODRIGUES, Paulo Gustavo Lima e Silva. A incompletude do “garantismo penal”: entre a salvaguarda do direito à liberdade e a vedação à proteção deficiente. **Revista da Esmal**, n. 3, 2018. Disponível em: <<http://revistadaesmal.tjal.jus.br/index.php/revistaEletronicaEsmal/article/view/120>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury Celso. **Direito processual penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Prisões cautelares**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAGALHÃES, Bruno Barbosa; SOUZA FILHO, Wandirley Rodrigues de. **Prisão preventiva**: da presunção de inocência à antecipação de pena e seus reflexos no sistema carcerário brasileiro. 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmg/handle/123456789/1162>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

MARCÃO, Renato. **Prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCELINO, Skarlett et al. **A falta de prazo na prisão preventiva e a violação aos princípios constitucionais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito de Vitória – FDV, 2018. Disponível em: <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/512>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

MARTINS, Jomar. Homem preso por engano receberá R\$ 20 mil de danos morais do RS. **Revista Consultor Jurídico**, 7 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-07/homem-presno-engano-recebera-20-mil-danos-morais-rs>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

MATSUURA, Lilian; VASCONCELOS, Marcos. Com Executivo e Legislativo em crise, o Judiciário tomou conta de tudo. Entrevista com Ada Pellegrini Grinover. **Revista Consultor Jurídico**, 12 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jul-12/entrevista-ada-pellegrini-grinover-advogada-processualista>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2011.

MEZZALIRA, Ana Carolina; SILVEIRA, Silvania Dellamora. **Análise jurídico-psicológica sobre as repercussões do encarceramento do indivíduo antes da sentença condenatória transitada em julgado**. Disponível em:

<<https://editora.pucrs.br/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2018/arquivos/21.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal** – Interpretado. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MONTEIRO, Alícia Hartmann. **Duração razoável da prisão preventiva**. 2018. 55 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018. Disponível em:

<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12476>>. Acesso em: 25 mar. 2020.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A teoria do garantismo penal e o Princípio da legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, Mato Grosso do Sul**, v. 16, n. 31, 2014. Disponível em:

<https://www.unigran.br/dourados/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo06.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

PACHECO, Breno Nascimento. **Prisão preventiva**: a impossibilidade de se justificar o cárcere preventivo perante o estado democrático de direito e garantismo real. 2010. Disponível em:

<<http://200.19.146.79/index.php/revistafadir/article/view/18431>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

PEREIRA, Tharllisson Rafael; LEMES, Fernando Lobo. Direitos fundamentais no Brasil: sobre o conceito doutrinário e jurídico da prisão em flagrante. **Vertentes do Direito**, v. 5, n. 2, p. 146-169, 2018. Disponível em:

<<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/5177/14445>>. Acesso em: 03 mar. 2020.

PEREIRA, Keila Cristina. **Prisão preventiva frente a teoria do garantismo**. 2010. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE, Governador Valadares, 2010. Disponível em:

<<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Prisaopreventivafrenteateoriadogarantismo.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

PEREIRA, Tharllisson Rafael; LEMES, Fernando Lobo. Direitos fundamentais no Brasil: sobre o conceito doutrinário e jurídico da prisão em flagrante. **Vertentes do Direito**, v. 5, n. 2, p. 146-169, 2018. Disponível em: <

<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/5177>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

PEREIRA, Viviane de Freitas; MEZZALIRA, Ana Carolina. O Supremo Tribunal Federal e o prazo razoável da prisão preventiva. **Âmbito Jurídico**, v. 13, n. 78, p. 5-19, 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-78/o-supremo-tribunal-federal-e-o-prazo-razoavel-da-prisao-preventiva/>>. Acesso em: 07 mar. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Prisão Preventiva**: a contramão da modernidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Medidas processuais penais de urgência**. Disponível em: <http://www.academia.edu/download/57833487/RAMOS_medidas_processuais_penais_de_urgencia.pdf> Acesso em: 01 mar. 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

RYU, Daiana Santos. Prisão cautelar e prazo razoável na jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 5, n. 1, p. 389-438, 2019. Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/176/159>>. Acesso em: 18 mar. 2020.

SÁ, Wellis Jones Batista de; SOUZA FILHO, Wandirley Rodrigues de. **As modalidades de prisão penal e sua eficácia no direito brasileiro**. 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1150>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Augusto César de Lima. **Excesso de prazo nas prisões provisórias**. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.asc.es.edu.br/handle/123456789/1865>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SILVA, Túllio Martins; NETO, Edmundo Carneiro de Rezende. A crise do sistema prisional brasileiro e reflexos na atuação da polícia militar. 2018. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/handle/123456789/1115>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

SILVA JÚNIOR, Petrônio Pereira Rodrigues da; ZAUKE, Renata Braga; LEITE, Leonardo Canez. Um estudo das medidas cautelares: em especial a prisão preventiva. **FACIDER-Revista Científica**, v. 13, n. 13, 2019. Disponível em: <<http://sei-cesucol.edu.br/revista/index.php/facider/article/view/198>>. Acesso em: 10 mar. 2020.

SOUZA, Lucas Endrigo de Lucena. **Banalização da prisão preventiva quando usada pela autoridade judiciária como forma de cumprimento antecipado da prisão pena.** Trabalhos de Conclusão de Curso. Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA Caruaru, 2019. Disponível em: <<http://200-98-146-54.clouduol.com.br/handle/123456789/2144>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SOUZA, Érika; BARBOSA, Igor Andrade Barbosa; DA SILVA, Valdirene Cássia. INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NA CONDENAÇÃO POPULAR ANTECIPADA. **Revista Observatório**, v. 5, n. 6, p. 429-452, 2019. Disponível em: <<https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/7658>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

TESCHE, Luan Paulo Giacobbo. **A duração da prisão cautelar:** análise a partir de um modelo de processo penal garantista. Trabalhos de Conclusão de Curso. 2015. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/3036>>. Acesso em 18 mar. 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal:** de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Eli Narciso Silva da. **Prisão, educação e remição de pena no Brasil.** Jundiaí: Paco e Littera, 2019.

VINHAL, Victor Ulisses Luiz. NOGUEIRA, Fábio Batista. **A prisão temporária como ferramenta para a investigação criminal:** uma análise acerca da sua (in)constitucionalidade. Trabalhos de Conclusão de Curso, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1561/1/978785821-1993_V%c3%adctor_Ulisses_Luiz_Vinhal_V%c3%adctor_Ulisses_Luiz_Vinhal_13447_3651305.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2020.

WOLTMANN, Angelita; SOUTO, Raquel Buzatti. A incompatibilidade da prisão provisória com o sistema prisional brasileiro diante do garantismo penal e da dignidade do acusado. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, v. 9, n. 12, p. 33-48, 2009. Disponível em :<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/169>. Acesso em: 10 mar. 2020.

ZÚNIGA, Álvaro Henrique de. **A constitucionalidade da prisão cautelar.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<http://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9357/1/AHZ%C3%BAniga.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.